Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung.

Von Fitting.

(Fortsetzung.)

17. Durch die bisherigen Erörterungen ist festgestellt worden, daß ein verus titulus pro emtore jedenfalls vorhanden ist, wenn ein vollgültiger Verkauf mit darauf hin erfolgter gleichfalls vollgültiger Tradition stattgefunden, und jedenfalls nicht vorhanden ist, wenn es schon rein thatsächlich an jedem Kaufgeschäfte fehlt. Es entsteht aber noch die Frage, wie es sich verhalte, wenn zwar thatsächlich ein Kauf vorgekommen, dieser Kauf aber aus irgend einem Grunde der vollen Gültigkeit entbehrt.

Die Fälle solcher Art, soweit sie hier überhaupt in Betracht kommen können[41]), lassen sich in drei Gruppen zerlegen, welche zur Gewinnung eines festen Ergebnisses gesonderter Betrachtung bedürfen. Der Kauf kann sich nämlich als ungültig darstellen:

1) darum, weil die Rollen des Käufers und des Verkäufers sich in einer und derselben Person vereinigen, oder

2) darum, weil dem Geschäft ein Veräußerungsverbot im Wege steht, oder endlich

3) darum, weil es dem Verkäufer an der erforderlichen persönlichen Handlungs- oder Verfügungsfähigkeit mangelt.

18. Die Ungültigkeit eines Kaufes, sagte ich, kann ihren Grund darin haben, daß eine und dieselbe Person zugleich als

41) Nicht in Betracht kommt z. B. der Kauf von **res sacrae, religiosae** und sonstigen verkehrsunfähigen Sachen, weil bei ihnen ohnehin und ohne Rücksicht auf das Erforderniß des Titels von einer Ersitzung nicht die Rede sein kann; ferner der Fall der **L. 34 §. 3 D. de cont. emt. 18, 1**: wissentlicher Kauf einer wissentlich verkauften entwendeten Sache, da **res furtivae** gleichfalls schon an sich jeder Usucapion unzugänglich sind.

Käufer und als Verkäufer erscheint. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Tutor eines Unmündigen an sich selbst eine Sache seines Mündels verkauft.[42])

Nichts destoweniger wird von Paulus in L. 2 §. 8 D. pro emt. 41, 4 dem Tutor, welcher in einer von ihm für seinen Mündel veranstalteten Auction eine Sache gekauft, die Usucapion derselben verstattet, und das nämliche soll nach L. 2 §. 9 eod. zu Gunsten des Procurator oder negotiorum gestor gelten, welcher für seinen Principal eine Auction abgehalten und darin eine Sache erstanden; beide Male nur vorausgesetzt, daß der Käufer in Ansehung der gekauften Sache in gutem Glauben gewesen, d. h. diese für eine dem Principal gehörige gehalten. Auch treten diese Entscheidungen nicht etwa als bloße subjective Meinung des Paulus auf, sondern die erste vielmehr als ein allgemein anerkannter, auch durch kaiserliche Verordnung bekräftigter, die zweite wenigstens als ein von den meisten gebilligter Satz. Zum Belege will ich hier die Stellen wörtlich einrücken.

Paulus lib. LIV. ad Edict.: — (§. 8.) Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit: Servius ait, posse eum usucapere; in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habeat emtorem, et, si minoris emerit, tutelae iudicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset; idque et a Divo Traiano constitutum dicitur. (§. 9.) Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emtore usucapturum. Idem potest dici, et si negotia domini gerens ignorantis emerit, propter eandem utilitatem.

Es fragt sich, aus welchem Gesichtspunkt eine usucapio hier zugelassen worden. Daß es in Rücksicht auf die irrthümliche Annahme eines Titels geschehen, davon kann natürlich nicht die Rede sein; schon deßhalb nicht, weil hier ein solcher

42) L. 5 §. 2 D. de auct. tut. 26, 8 (Ulp.): Item ipse tutor et emtoris et venditoris officio fungi non potest. Vgl. §. 6 h. l.

Irrthum nur als Rechtsirrthum denkbar wäre, der bei der Usucapion nicht berücksichtigt wird.[43]) Es entsteht daher die Frage, ob nicht im Sinne der Römer geradezu das Dasein eines verus titulus anzunehmen.[44])

Ganz gewiß muß diese Frage verneint werden. Ein Kauf, bei welchem eine und dieselbe Person zugleich als Verkäufer wie als Käufer auftritt, wenn auch auf der einen Seite in fremdem, auf der andern in eigenem Namen, ist nach den römischen Grundsätzen über Stellvertretung bei Begründung von Forderungen ein juristisches gar nichts, ein völlig nichtiger und bedeutungsloser Vorgang. Er kann daher an und für sich unmöglich als genügende Unterlage für eine possessio und usucapio pro emtore betrachtet werden. Wenn trotzdem die angeführten Stellen aus einem solchen Kaufe, falls er in Folge einer Versteigerung geschehen, die Ersitzung gestatten, so ist darin eine reine Singularität, eine auf bloßen Nützlichkeitsrücksichten beruhende Abweichung von den gewöhnlichen Regeln zu erblicken. Fragt man aber nach den praktischen Gründen dieser Singularität, so bestehen sie sehr einfach darin, daß man bei einer Versteigerung den Käufer nicht so nach Gutdünken wählen kann, wie bei einem Verkauf aus freier Hand, und daß es daher im allgemeinen im Interesse des Mündels, überhaupt des Principals, liegt, lieber den Vormund oder sonstigen Stellvertreter selbst zum Käufer zu haben, als einen andern, dessen Zahlungsfähigkeit oder Gewissenhaftigkeit nicht genugsam bekannt, und der vielleicht schon äußerlich schwer zu erreichen ist. Dazu kommt, daß eine alsbald näher zu berührende zweite Rücksicht, welche unter Umständen den von einem Vormund oder sonstigen Verwalter fremden Vermögens über eine zu diesem Vermögen gehörige Sache geschlossenen Kauf als nichtig erscheinen läßt, selbst

43) L. 4, 7, 8 D. de iur. et fact. ign. 22, 6; L. 31 pr., L. 32 §. 1 D. de usurp. 41, 8; L. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4.

44) Dieser Ansicht neigt Schirmer zu (Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XVI. S. 43 ff.; s. auch die Note 386 in seiner Ausgabe von Unterholzner's Verjährungsl. I. S. 378). Er will nämlich die Gültigkeit des Kaufes aus dem eigenthümlichen Rechte der auctio herleiten, wonach eine Klage gegen den bloßen auctionator versagt worden sei.

da, wo jener erste Grund kein Hinderniß bilden würde: nämlich die Besorgniß einer Uebervortheilung des Principals durch seinen Verwalter, — daß diese Rücksicht bei einem Kauf in einer Versteigerung offenbar nur in sehr geringem Maße vorhanden ist. Es rechtfertigt sich daher in jeder Weise, hier von der strengen Rechtsregel abzusehen und zum eigenen Frommen des Principals dem Stellvertreter die Usucapion der ersteigerten Sache ohne das Erforderniß eines Titels oder selbst nur irrthümlicher Annahme eines Titels zu erlauben.

Vorausgesetzt wird dabei nur, daß die Sache entweder wirklich dem Principal gehört, oder daß sie doch wenigstens der Stellvertreter für eine Sache des Principals gehalten.[45]) Denn dieses wäre selbst beim Dasein eines verus titulus nothwendige Vorbedingung der Ersitzung; günstiger aber, als beim Dasein eines verus titulus, soll natürlich der ersteigernde Stellvertreter durch jene singuläre Bestimmung nicht gestellt werden.

Die Richtigkeit der entwickelten Ansicht dürfte auf das vollständigste dadurch bewiesen werden, daß Paulus die Sache wirklich ganz so darstellt und namentlich wiederholt und ausdrücklich erklärt, daß die usucapio hier blos aus Nützlichkeitsrücksichten (utilitatis causa) zugelassen werde.

19. Wenn ein Tutor dem Pupillen unter auctoritas eines contutor, oder dem contutor als Vertreter des Pupillen eine Sache abkauft, oder wenn er von einem zum Pfandverkaufe schreitenden Pfandgläubiger des Pupillen eine Sache des letztern kauft: so fallen zwar jetzt die Personen von Käufer und Verkäufer nicht mehr in eines zusammen, aber dennoch ist — aus dem zweiten oben angegebenen Grunde der Gefahr einer Benachtheiligung des Pupillen — auch ein solcher Kauf blos gültig, wenn er offen auf den Namen des Tutor und

45) Beides ist in dem: „quam eius putabat esse“ der L. 2 §. 8 cit. begriffen. Durch diese Worte soll also nicht etwa gesagt werden, daß der ersteigernde Tutor nicht usucapiren könne, wenn die Sache wirklich Eigenthum des Pupillen, sondern es soll gerade umgekehrt nur der Fall wissentlicher Ersteigerung einer dem Pupillen nicht gehörigen Sache von der Ersitzung ausgeschlossen werden.

redlicher Weise (palam et bona fide) geschlossen wird.[46]) Bei unredlichem Verfahren, und ein solches wird allemal schon dann angenommen, wenn der Tutor eine Zwischenperson als Käuferin vorschiebt[47]), ist das Geschäft nichtig, und es kann daher auf Grund desselben auch keine Usucapion stattfinden. Man darf nicht etwa glauben, daß die Ersitzung hier wohl eigentlich nur wegen der fehlenden bona fides ausgeschlossen sei; sondern die nächste Ursache liegt vor allem in der Nichtigkeit des Geschäftes und dem daraus folgenden Mangel eines Titels. Dies wird von Ulpian in L. 5 §. 2 D. de auct. tut. 26, 8 auf das allerunzweideutigste ausgesprochen, indem es dort heißt: „sed si mala fide emtio intercesserit, nullius erit momenti, ideoque nec usucapere potest." (Vgl. auch §. 3, 4 h. l.) So lernen wir denn sogleich hier mit voller Bestimmtheit, daß ein nichtiger Kauf keinen verus titulus usucapionis abgeben kann; ein Satz, für welchen sich auch in der Folge noch vielfache Bestätigung finden wird.[48])

20. Wenn der Kauf in Zuwiderhandlung gegen ein Veräußerungsverbot geschehen, so pflegt man gewöhnlich die Frage nach dem Dasein oder Nichtdasein eines Titels für ganz müßig zu halten, weil man sehr allgemein annimmt, daß jedes, mindestens jedes gesetzliche, Veräußerungsverbot von selbst auch ein Usucapionsverbot in sich begreife. Sachen also, die einem Veräußerungsverbot unterliegen, könnten, gleich den res furtivae, vi possessae, Sachen des Fiscus u. dgl., überhaupt nicht Gegenstände einer usucapio sein, wonach denn allerdings die Frage

46) L. 34 §. 7 D. de cont. emt. 18, 1; L. 5 C. eod. 4. 38; L. 5 §. 2—5 D. de auct. tut. 26, 8. Vgl. auch L. 46 D. de cont. emt. 18, 1 und L. 12 §. 1 D. de adm. tut. 26, 7. Nach diesen Stellen gelten übrigens ganz gleiche Grundsätze auch bei allen andern Verwaltern fremder Güter. S. auch Rudorff Das Recht der Vormundschaft. II. S. 472 f.

47) L. 5 §. 3, 4 D. cit.; vgl. L. 9 D. de reb. eor. 27, 9.

48) Manche, wie z. B. Sintenis Pract. Civilr. I. S. 509, wollen in den Fällen, in welchen ein Geschäft zwar thatsächlich geschlossen, aber nicht zu Rechte beständig ist, von einem Titel reden, der zwar verus, aber nicht iustus sei. Für eine solche Unterscheidung dürfte aber weder ein praktisches Bedürfniß bestehen, noch auch dürfte sie mit dem Sprachgebrauche der Quellen übereinstimmen.

nach den sonstigen Erfordernissen der letztern ohne jede praktische Bedeutung wäre.

Ich habe im 47. Bande dieser Zeitschrift S. 140 ff. die Unhaltbarkeit dieser Ansicht auszuführen gesucht und mich vielmehr der früher schon namentlich von Savigny (System IV. S. 565 ff.) vertheidigten Meinung angeschlossen, wonach durch ein Veräußerungsverbot an sich und wenn nicht damit durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung noch ein besonderes Ersitzungsverbot verbunden ist, nur die Usucapion auf Grund eines positiven Veräußerungsactes desjenigen, welchem das Gesetz die Veräußerung untersagt, gehindert wird; und zwar blos aus dem Grunde, weil solche Veräußerungshandlungen wegen des Veräußerungsverbotes als ungültig erscheinen und daher nicht zum genügenden Titel für eine Usucapion dienen können. Demnach würde also z. B. ein Dotalgrundstück nicht, wie die herrschende Ansicht will, so lange diese seine Eigenschaft dauert, überhaupt usucapionsunfähig sein; sondern es würde blos eine Usucapion nicht stattfinden können auf Grund einer Veräußerungshandlung, welche der Ehemann selbst, zuwider der lex Iulia, vorgenommen.

Hiegegen haben sich aber neuerdings wieder Czyhlarz in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Band XXII. S. 419 ff. und Bechmann in seinem Buch über das römische Dotalrecht. Abth. II. S. 451 ff. erklärt und zu Gunsten der herrschenden Meinung ausgesprochen.[49]) Ich will daher die hauptsächlichsten Gründe für und gegen hier nochmals kurz besprechen und zugleich die früher von mir vorgebrachten Gründe durch einige neue verstärken.

1) Die vornehmlichste Stütze der herrschenden Ansicht besteht anerkanntermaßen in der Aeußerung der L. 28 pr. D. de V. S. 50, 16:

Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.

Dieser Ausspruch, sagt man, laute ganz allgemein und stelle nicht blos das Geschäft, welches einem andern die Möglichkeit der usucapio eröffne, sondern schon die Zulassung

49) S. auch Windscheid Pand. 2. Aufl. Bd. I. §. 182 Nr. 5.

der usucapio an und für sich unter den Begriff des alienare. Zu einer Einschränkung fehle es an jeder Berechtigung, und so folge denn von selbst, daß jedes gesetzliche Verbot der alienatio auch die Zulassung der usucapio ausschließen, also die Sache, worauf es sich beziehe, jeder Usucapion unzugänglich, d. h. zu einer usucapionsunfähigen machen müsse.

Gut, stellen wir uns für einen Augenblick auf diesen Standpunkt. So ist dann aber eine weitere unabweisliche Folge, daß jedes gesetzliche Veräußerungsverbot, sobald es durch Eintritt seiner Voraussetzungen zur Wirksamkeit kommt, auch den Fortgang einer schon vorher begonnenen usucapio hemmen muß. Denn gewiß ist doch von demjenigen, welcher die Fortsetzung und Vollendung einer schon angefangenen usucapio zuläßt, obwohl er sie zu hindern im Stande, nicht minder zu sagen: patitur usucapi, als von demjenigen, welcher den ersten Beginn der usucapio nicht verhütet. Nun ergibt sich aber aus L. 16 D. de fundo dotali 23, 5 und aus L. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 mit aller Bestimmtheit, daß ein solcher Satz nicht richtig wäre. L. 28 pr. cit. würde also, auf unsere Frage angewandt, zu viel beweisen, und wir sind daher nicht allein berechtigt, sondern sogar genöthigt, ihr jede Anwendbarkeit auf dieselbe abzusprechen. Zudem wo findet sich auch nur eine Andeutung, daß diese Stelle gerade im Hinblick auf die Veräußerungsverbote geschrieben oder in die Digesten aufgenommen wäre? Zu einer solchen Annahme könnten wir doch höchstens dann gelangen, wenn sich eine andere mögliche Beziehung gar nicht auffinden ließe. Solche anderweite Beziehungen sind aber gar wohl denkbar und erfindlich. Ich verweise deßfalls nicht blos auf das, was ich im 47. Bande dieser Zeitschrift S. 142 gesagt habe, sondern will auch noch darauf aufmerksam machen, daß die Stelle einen sehr guten und genau zutreffenden Sinn bekommt, wenn wir sie von der alienatio in fraudem creditorum verstehen. [50]) Wie wenig es überhaupt angeht, die in dem Digestentitel de verborum significatione enthaltenen Worterklärungen ohne weiteres und unterschiedlos für das

50) Vgl. L. 4 — L. 6 §. 4 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

gesammte Rechtsgebiet und für alle einzelnen Lehren als maßgebend anzusehen, wie man vielmehr bei jeder dieser Erklärungen immer erst den besondern Zusammenhang aufsuchen muß, in welchem sie ursprünglich geschrieben worden, das erhellt sehr augenscheinlich, um nur weniges nahe liegende herauszugreifen, aus der Definition von publica in L. 15—17 h. t., von bona in L. 39 §. 1, L. 83 und hinwieder in L. 49 und L. 208 h. t., von hereditas in L. 138 h. t. u. dgl. m.

Dazu kommt aber noch ein anderes. Nach Ausweis der L. 13 D. fam. erc. 10, 2, der L. 1 pr. D. de fundo dot. 23, 5, der L. 3 §. 1—3 D. de reb. eor. 27, 9, endlich der L. 69 §. 1 D. de legat. II. (31) unterscheiden die Römer zwischen alienationes voluntariae und necessariae und betrachten die Veräußerungsverbote als ein Hinderniß nur für jene, nicht für diese. Folglich ist denn durch den allgemeinen Ausspruch der L. 28 pr. cit., daß unter den Begriff der alienatio auch die usucapio zu stellen, in der That noch gar nichts für unsere Frage gewonnen. Vielmehr kommt alles erst darauf an, zu welcher jener beiden Arten der alienatio die usucapio zu rechnen; und darüber wird in L. 28 pr. cit. nichts gesagt. Oder will man etwa in dem angegebenen Grunde: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi eine solche Erklärung erblicken? Allein wir lernen aus einer ganzen Reihe von Stellen: L. 1 pr., L. 7 pr. D. de fundo dot. 23, 5, L. 1 §. 2, L. 3 §. 1, L. 7 §. 1 D. de reb. eor. 27, 9, endlich den schon oben angezogenen, gerade von der usucapio selbst redenden L. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 und L. 16 D. de fundo dot. 23, 5, daß in Ansehung der Veräußerungsverbote die Römer als voluntaria alienatio nicht schlechthin jede Entfremdung des Eigenthums betrachten, welche von Seite des Eigenthümers, wiewohl sie gehindert werden konnte, nicht gehindert wird. Es wird sich vielmehr aus den so eben genannten Stellen und aus L. 12 §. 2, L. 13 D. fam. erc. 10, 2, L. 7 §. 1 D. de fundo dot. 23, 5, L. 1, 2 C. eod. 5, 23, L. 3 §. 2, 3, L. 7 pr. D. de reb. eor. 27, 9, L. 1, 2, 17 C. eod. 5, 71 die Regel ableiten lassen, daß die Veräußerungsverbote nur einem solchen Verluste

des Eigenthums im Wege stehen, welcher gerade von Seite des Eigenthümers seinen Anstoß erhält, in dem Verhalten des Eigenthümers oder seines Stellvertreters seine nächste und positive Ursache hat. Ein Eigenthumsverlust, welcher durch Handlungen dritter in Bewegung gesetzt wird, wofür das Verhalten des Eigenthümers gar nicht oder doch höchstens blos insofern, rein negativer Weise, in Betracht kommt, als er es versäumte, den nachtheiligen Erfolg durch sein Eingreifen zu verhüten, — ein solcher Eigenthumsverlust fällt gegenüber den Veräußerungsverboten unter den Begriff der **alienatio necessaria**, wird also durch diese Verbote nicht ausgeschlossen.

Erkennt man diese Regel als richtig an, und Angesichts der Quellen wird ihre Richtigkeit kaum bestreitbar sein, so ergeben sich die Folgerungen für die **usucapio** ganz von selbst. Diese wird nämlich nur dann als **voluntaria alienatio** erscheinen und folglich von den Veräußerungsverboten betroffen werden können, wenn sie sich auf ein Veräußerungsgeschäft von Seite des Eigenthümers selber gründet. Liegt ihr dagegen das Veräußerungsgeschäft eines dritten zu Grunde und wird also dem Eigenthumsverluste, den sie für den bisherigen Eigenthümer mit sich führt, nicht von seiner Seite, sondern von Seite eines dritten der Anstoß gegeben: so ist sie als **necessaria alienatio** zu betrachten und wird daher durch ein Veräußerungsverbot nicht gehemmt. Das ist es aber eben, was ich im Anschluß an Savigny behaupte.

Mag man übrigens von dieser Ausführung denken, wie man will: jedenfalls wird man wenigstens so viel zugeben müssen, daß aus der L. 28 pr. D. de V. S. 50, 16 für die vorliegende Frage nichts entnommen werden kann.

2) Als einen zweiten Beleg für die herrschende Meinung zieht man L. 5, 6 D. de fundo dot. 23, 5 herbei. Wenn danach wegen eines Veräußerungsverbotes sogar der Verlust von Servituten durch **non usus** und **libertatis usucapio** nicht vor sich gehen könne, so folge hieraus um so viel mehr, daß die Veräußerungsverbote auch den Verlust des Eigenthums durch Verjährung hindern müßten.

Ich habe im 47. Bande des Archivs S. 150 ff. den Zweifel

angeregt, ob LL. 5, 6 citt. überhaupt auf den Verluſt von Servituten durch non usus und libertatis usucapio zu beziehen. Bei wiederholter Erwägung und namentlich im Hinblick auf L. 10 pr. D. quemadm. serv. am. 8, 6 bin ich geneigt, dieſen Zweifel fallen zu laſſen und Bechmann darin beizuſtimmen, daß jene Stellen wenigſtens als Beſtandtheile des Corpus iuris wohl kaum anders werden gedeutet werden können. Freilich müſſen wir denn auf Grund von L. 78 §. 2 D. de iure dot. 23, 3 und L. 3 §. 5 D. de reb. eor. 27, 9 ein recht ſeltſames Ergebniß anerkennen; daß nämlich der non usus zwar in Rückſicht auf Grunddienſtbarkeiten, aber nicht in Betreff des Nießbrauches als eine unter die Veräußerungsverbote fallende alienatio anzuſehen. Was Bechmann S. 455 zur Rechtfertigung dieſes Unterſchiedes ſagt: daß der Untergang einer Prädialſervitut das herrſchende Grundſtück entwerthe, während durch den Untergang des Nießbrauches nur ein höchſt perſönliches Recht vernichtet werde, iſt offenbar nicht ausreichend, die Schwierigkeit zu heben. Denn dieſer Grund hätte höchſtens dazu führen können, die Veräußerungsverbote von Dotalgrundſtücken und Mündelgrundſtücken nicht auf einen bloſen zur dos oder einem Mündel gehörigen Nießbrauch auszudehnen. Nachdem man aber einmal, wie L. 3 §. 5 cit. unzweideutig lehrt, auch den bloſen Nießbrauch in das Bereich der Veräußerungsverbote gezogen, ſo blieb, um folgerecht zu ſein, nur eines von beiden übrig: entweder durch jene Verbote den Verluſt durch non usus beim Nießbrauch wie bei Grunddienſtbarkeiten gleichmäßig für ausgeſchloſſen, oder aber ihn beide Male gleichmäßig für nicht ausgeſchloſſen zu erklären.

Doch ſei dem, wie ihm wolle. Jedenfalls kann ich die Statthaftigkeit eines Schluſſes aus dem Untergange von Servituten durch non usus und libertatis usucapio auf den Verluſt des Eigenthums zufolge fremder Erſitzung aus den ſchon früher (Bd. 47 S. 149 fg.) entwickelten Gründen nicht zugeben. Und auch Czyhlarz und Bechmann ſcheinen die Unzuläſſigkeit eines ſolchen Schluſſes anzuerkennen, indem ſie

der LL. 5, 6 D. de fundo dot. bei Erörterung der Frage, die uns hier zunächſt beſchäftigt, nicht weiter erwähnen.

Dagegen legen beide, gleich den frühern,

3) ein großes Gewicht auf den bekannten Ausſpruch Tryphonin's in L. 16 D. de fundo dot. 23, 5:

> nam, licet lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem (sc. per longi temporis possessionem), non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat.

Sie hätten dieſer Stelle auch noch die entſprechende, in Rückſicht auf ein anderes Veräußerungsverbot abgegebene Erklärung Ulpian's in L. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 beifügen können:

> Sed et si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam et postea impleta fuerit, rem de iudicio subducit.[51])

Ich will gern zugeben, daß der erſte Eindruck dieſer Stellen den Schluß vom Gegentheil nicht ganz ferne legt, daß jede Uſucapion, welche nicht ſchon vor Eintritt der Wirkſamkeit des Veräußerungsverbotes begonnen, durch daſſelbe gehindert ſei. Allein dieſer Schluß iſt doch eben immer nur ein Schluß vom Gegentheil, und es iſt bekannt genug, wie vorſichtig man mit ſolchen Schlüſſen bei den Ausſprüchen der römiſchen Juriſten verfahren muß. Ich hoffe zeigen zu können, daß hier ein ſolcher Schluß nicht gezogen werden dürfe.

Vor allen Dingen wird die herrſchende Meinung in einem Stücke, und zwar dem eigentlichen Kernpunkte, durch jene Stellen geradezu widerlegt. Denn ſie lehrt, daß einem Veräußerungsverbot unterworfene Sachen uſucapionsunfähig und alſo den res furtivae, Sachen des Fiscus u. dgl. an die Seite zu ſtellen. Setzen wir für einen Augenblick, daß dem ſo wäre, was würde die nothwendige Folge ſein? Offenbar dieſes, daß

---

51) Vgl. hiezu L. 13 D. eod., L. 1 fin. C. comm. div. 3, 37, L. 3 C. de comm. rer. al. 4, 52; Vangerow Lehrb. d. Pand. I. §. 160. V. 2. (7. Aufl. S. 256).

in Anſehung ſolcher Sachen ſelbſt die früher begonnene usucapio während der Wirkſamkeit des Veräußerungsverbotes ſtill ſtehen müßte. Denn ſo verhält es ſich, wenn eine Sache im Laufe der usucapio uſucapionsunfähig, als z. B. Eigenthum des Fiscus, wird, wie theils aus der Natur der Sache, theils aus beſtimmten Quellenzeugniſſen hervorgeht.[52]) Da nun aber jene Stellen zeigen, daß die angefangene usucapio durch ſpäteres Eingreifen eines Veräußerungsverbotes nicht gehemmt wird, ſo iſt damit zur Genüge bewieſen, daß dergleichen Verbote auf keinen Fall eine eigentliche Uſucapionsunfähigkeit der durch ſie betroffenen Sachen mit ſich führen.

Unter allen Umſtänden müßte alſo, was die herrſchende Lehre von dem Einfluſſe der Veräußerungsverbote auf die usucapio behauptet, aus andern Rückſichten, als einer durch ſolche Verbote bewirkten Uſucapionsunfähigkeit der dadurch betroffenen Sachen, erklärt werden. Aber aus welchen? Dies führt auf die allgemeinen Gründe, welche zu Gunſten jener Lehre geltend gemacht werden. Da ich indeſſen ältere Begründungsverſuche ſchon früher beſprochen (Bd. 47 S. 147), ſo will ich hier nur auf die Darſtellung von Czyhlarz und Bechmann Rückſicht nehmen. Beide haben dabei zunächſt blos die Dotalgrundſtücke vor Augen, und ich will daher ebenfalls bei dieſem Beiſpiel ſtehen bleiben.

Nach der Anſicht von Czyhlarz (S. 419 fg.) würde ſich jeder erſt nach eingetretener Dotaleigenſchaft des Grundſtückes begonnener Uſucapionsbeſitz, ſelbſt wenn er ſich nicht auf ein Veräußerungsgeſchäft des Mannes, ſondern auf dasjenige eines dritten gründe, doch mittelbar auf eine Handlung des Mannes zurückführen laſſen, indem dieſen entweder durch einen poſitiven Act dazu Anlaß gegeben, z. B. indem er das Grundſtück einem andern verkauft und dieſen dadurch in die Lage geſetzt, es dem jetzigen Beſitzer — der eben uſucapiren wolle — überlaſſen zu können, oder indem er doch wenigſtens durch Unterlaſſung der Vindication die Entſtehung eines Uſucapionsbeſitzes bei einem

52) L. 18, 24 D. de usurp. 41, 3, §. 9 I. de usuc. 2, 6. Arndts Pand. §. 163, Unterholzner Verjährungsl. I. §. 122 (S. 430.).

dritten ermöglicht. Um nun eine jede Umgehung des Gesetzes auf diese Weise auszuschließen, habe auch die Ersitzung Seitens einer dritten Person vollständig verhindert werden müssen.

Aehnlich ist Bechmann's Begründung (S. 452). Die Absicht der lex Iulia würde nicht allein vereitelt durch Veräußerungen von Seite des Mannes, sondern ebenso auch durch solche Entfremdungen, welche ohne sein unmittelbares Zuthun einträten, namentlich also durch Ersitzung. Von diesem Standpunkte des Interesses der Frau sei es denn aber ferner ganz gleichgültig, ob die Veranlassung zur Ersitzung vom Mann ausgehe, oder von irgend einem dritten.

Wohl; dieses würden ohne Zweifel die Erwägungen sein, aus welchen die Römer, gesetzt daß sie es gethan, auf Grund der lex Iulia Dotalgrundstücke auch jeder Usucapion entzogen hätten. Allein ich finde nur in diesen Erwägungen nichts, was nicht eben so gut und noch viel mehr auch zur Hemmung bereits begonnener Usucapionen hätte hinführen müssen. Wenn dennoch die Römer diesen Schritt nicht gethan, wie nahe liegt da der Schluß, daß jenes auch nicht ihre Gründe gewesen![52a])

Aber man wird vielleicht einwenden, die Zulassung der Fortsetzung einer schon angefangenen Usucapion beweise nichts, weil sie auf überwiegenden Gegengründen beruhe. Ich gebe die Möglichkeit zu, allein welches sind diese Gründe?

Czyhlarz (S. 422 fg.) findet sie darin, daß im Sinne der Römer schon der Usucapionsbesitz als ein Vermögensbestandtheil, als eine Art von Recht zu betrachten. Der Erwerb des Eigenthums erscheine daher nur mehr als die Folge eines zur Zeit, da das Grundeigenthum dotal geworden, bereits bestehenden Rechtes, als die weitere Entfaltung eines bereits damals vorhandenen Keimes, welche durch das Veräußerungsverbot des Julischen Gesetzes nicht mehr gehindert werden könne.

52a) Vgl. auch noch, namentlich gegen die Begründung von Czyhlarz, L. 83 D. de m. c. don. 39, 6 (Paul.): „Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset."

Ich zweifle sehr, daß diese Begründung viele Anhänger gewinnen wird. Mir wenigstens scheint sie ungleich bedenklicher, als der Satz, welchen sie begründen soll. Es wäre doch erst zu erweisen, daß die Römer schon den Usucapionsbesitz als ein Recht angesehen; aus den Stellen aber, welche Czyhlarz anführt: L. 49 D. de V. S. 50, 16, L. 7 §. 6 D. de Publ. act. 6, 2, und den weiter von ihm geltend gemachten Gründen vermag ich einen solchen Beweis nicht herzunehmen. Und hätten die Römer wirklich die ihnen zugeschriebene Ansicht von der Bedeutung des Usucapionsbesitzes gehabt, warum lassen sie dann doch die Usucapion gehemmt werden, wenn während ihres Laufes die Sache in das Eigenthum des Fiscus oder einer andern gleicher Weise privilegirten Person kommt? scheinen doch hier die nämlichen Rücksichten für den Fortgang der Usucapion zu reden, woraus Czyhlarz die unbedingte Nothwendigkeit des Fortganges der Usucapion eines nachmals dotal werdenden Grundstückes folgert. Und ferner, wie kann jemand, welcher selbst kein Recht an einer Sache hat (z. B. ein verkaufender Nichtusucapionsbesitzer), einem andern ein Recht daran verleihen? Hinwiederum, warum soll der, welcher das Recht des Usucapionsbesitzes hat und daher die begonnene Usucapion eines hernach dotal gewordenen Grundstückes trotz der lex Iulia fortsetzt, dieses Recht nicht auch auf einen andern übertragen, m. a. W. durch Verkauf des Grundstückes u. dgl. nicht auch dem Erwerber Usucapionsbesitz verschaffen können? Und, wenn der Erwerb des Besitzes einer Sache aus rechtem Titel in Verbindung mit gutem Glauben des Erwerbers schon für sich allein ein Recht an derselben begründet, ein so starkes Recht, daß es durch die lex Iulia nicht überwunden werden kann: weßhalb ist er auf einmal weniger stark, wenn er erst stattfindet, nachdem die Sache bereits Dotalsache geworden? Für alle diese Fragen finde ich auf dem Standpunkte von Czyhlarz keine Antwort.

Einen andern Weg schlägt Bechmann (S. 453) ein. Er erkennt ausdrücklich an, daß das Interesse des Usucapionsbesitzers nicht auf Geltendmachung eines erworbenen Rechtes gerichtet sei, glaubt aber die Erscheinung, daß die zur Zeit der

Bestellung der dos schon begonnene Usucapion durch das Veräußerungsverbot gar nicht berührt werde, einfach daraus erklären zu können, daß die Erfordernisse der Usucapion, abgesehen von der Dauer des Besitzes, nach römischem Rechte lediglich beurtheilt würden nach dem Zeitpunkte des Besitzerwerbes. Daß eine nachträglich eintretende Unveräußerlichkeit nicht weiter in Betracht komme, stehe mit diesem Principe im vollkommensten Einklang.

Das wäre freilich eine überaus einfache Erklärung, gesetzt nur, daß ihre Unterlage, das von Bechmann angenommene Princip, richtig wäre. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Denn verhielte es sich so, wie Bechmann meint, würden wirklich mit einziger Ausnahme der Dauer des Besitzes alle übrigen Erfordernisse der Usucapion vom römischen Rechte blos nach dem Zeitpunkte des Besitzerwerbes bemessen: so könnte offenbar die angefangene usucapio auch nicht gehemmt werden, wenn während ihres Laufes die Sache Eigenthum des Fiscus wird. Und umgekehrt, falls zur Zeit des Besitzerwerbes die Sache Eigenthum des Fiscus oder aus einem andern Grunde usucapionsunfähig gewesen, so könnte der erworbene Besitz nie zur usucapio führen, sollte auch später die Sache aus dem Eigenthum des Fiscus wieder herausgetreten oder die sonstige Usucapionsunfähigkeit durch Beseitigung ihrer Ursache weggefallen sein. Beides wird aber durch L. 18 (verb. „Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat") und L. 24 D. de usurp. 41, 3 widerlegt. (Vgl. oben Anm. 52.)

Auch durch die neuesten Erklärungsversuche wird also das Räthsel nicht gelöst, weßhalb ein Veräußerungsverbot zwar jeder erst nach seinem Eingreifen beginnenden, nicht aber einer vorher schon begonnenen Ersitzung in den Weg treten soll. Ich wüßte für eine solche Erscheinung in der That nur einen einzigen denkbaren Erklärungsgrund. Nämlich denjenigen, daß zufolge eines Veräußerungsverbotes jede während seiner Herrschaft in Ansehung der ihm unterworfenen Sache vorgenommene Veräußerungshandlung nichtig und daher zum Titel für eine Usucapion nicht tauglich wäre. Und zwar dürfte dieses, um hier wieder zunächst bei dem Beispiel des Dotalgrundstückes

ſtehen zu bleiben, nicht blos gelten von Veräußerungshandlungen des Ehemannes ſelbſt, ſondern auch von denjenigen eines jeden dritten. Man müßte mit andern Worten annehmen, daß durch jedes geſetzliche Veräußerungsverbot die von ihm betroffene Sache dem Verkehre gänzlich entzogen würde. Aber können wir dieſes annehmen, da doch z. B. die lex Iulia gerade blos dem Ehemanne, die oratio Severi blos den Vormündern, die L. 3 §. 3 C. comm. de legatis 6, 43 nur dem belaſteten Erben die Veräußerung unterſagt und nicht etwa ganz allgemein und objectiv überhaupt die alienatio der bezüglichen Sachen verbietet? da überdies die lex Iulia und die oratio Severi unter gewiſſen Bedingungen (erſtere namentlich bei Zuſtimmung der Frau) ſelbſt dem Ehemann und Vormunde die Veräußerung geſtatten?

Der Vorwurf der Unverſtändlichkeit, welchen Bechmann (S. 452 Anm. 3) gegen dieſe ſchon früher (Band 47 S. 144) von mir gemachte Bemerkung erhebt, iſt durch meine jetzige Erklärung, wie ich hoffe, beſeitigt. Wenn aber Bechmann dieſen Vorwurf durch die Aeußerung begründet: „Da überhaupt nur der Mann als Eigenthümer veräußern kann, ſo wäre ein allgemeines Veräußerungsverbot doch wohl ziemlich überflüſſig geweſen“: ſo iſt dabei überſehen, daß die Römer unter alienare nicht immer gerade die wirkliche Entfremdung des Eigenthums, ſondern ſehr häufig auch die bloſe Veräußerungshandlung, den Act des Verkaufens, Verſchenkens u. dgl., verſtehen, ſonach auch in Anſehung fremder Sachen von alienare reden. Stellen, wie L. 4 pr., §. 2, L. 8 §. 2 D. de alien. iud. mut. 4, 7, L. 13 §. 2 D. de fundo dot. 23, 5, L. 5 §. 2 D. de reb. eor. 27, 9, laſſen darüber keinen Zweifel. Es kommt alſo alles darauf an, in welchem Sinne von den Römern der Begriff des alienare gegenüber der lex Iulia und den ſonſtigen Veräußerungsverboten aufgefaßt worden; ob ſie dabei zunächſt und vorwiegend an den Act des Weggebens oder aber an den gewöhnlich daraus fließenden Erfolg, die Entfremdung des Eigenthums, gedacht. Nimmt man das zweite an, wie die herrſchende Meinung thut, ſo wird man allerdings geneigt ſein, jenen Verboten auch jede Eigenthumsentfremdung

durch usucapio zu unterwerfen, gleichviel ob der Anſtoß dazu in einem Veräußerungsgeſchäfte des Mannes liegt oder nicht. Nur bleibt dann völlig unerklärlich, warum gerade nur der Neubeginn einer usucapio, nicht auch der Fortgang einer bereits begonnenen durch die Veräußerungsverbote gehindert werden ſoll.

Ganz anders, wenn man von der erſten Annahme ausgeht, wenn man alſo annimmt, daß die Veräußerungsverbote im Sinne der Römer zunächſt und vorzugsweiſe nur auf den Act des Veräußerns, des Verkaufens, Verſchenkens u. dgl., zu beziehen. Es folgt dann ganz von ſelbſt, daß dieſe Verbote zwar die usucapio ausſchließen auf Grund eines Veräußerungsgeſchäftes desjenigen, welchem ſie die Veräußerung unterſagen, aus der einfachen Rückſicht, weil ein ſolches Geſchäft wegen des Verbotes ungültig iſt und daher einen Titel für eine usucapio nicht abgeben kann; nicht aber auch die usucapio auf Grund des Veräußerungsgeſchäftes eines andern, ſofern nur die ſonſtigen Erforderniſſe einer usucapio vorhanden ſind.

Auf welche von beiden Seiten man zu treten habe, kann wohl nicht lange zweifelhaft ſein. Denn auf der einen bleibt in dem unbeſtreitbaren Fortgang einer bei dem Eingreifen des Veräußerungsverbotes ſchon laufenden usucapio ein ganz unlösbares Räthſel, während auf der andern für dieſe Erſcheinung die allereinfachſte Erklärung gewonnen wird.

Dazu kommen aber noch weitere dieſer letzten Auffaſſung günſtige Umſtände. So der Umſtand, daß die oratio Severi nicht den Ausdruck alienare, ſondern distrahere gebraucht (L. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27, 9), was doch entſchieden zunächſt auf den Act des Weggebens hinweiſt. Ferner die Wahrnehmung, daß nach L. 5 §. 2 D. eod. das Verbot der oratio auch auf das „Veräußern" („alienare") eines fremden, nur im redlichen Beſitze des Mündels befindlichen Grundſtückes bezogen wird, alſo auf einen Fall, wo zwar von einem Veräußerungsacte (alienare in dieſem Sinn), nicht aber von einer Eigenthumsentfremdung (alienatio in dem andern Verſtande) die Rede ſein kann.[53])

53) Vgl. auch L. 18 §. 2 D. de fundo dot. 23, 5: Dotale praedium isc accipimus, quum dominium marito quaesitum sit, ut tunc demum

Muß ſchon hienach ſelbſt jener letzte und einzige überhaupt denkbare Erklärungsgrund für das Verhältniß, wie es ſich nach der herrſchenden Anſicht geſtalten würde, verworfen werden, ſo wird auch noch zum Ueberfluſſe durch L. 1, 3, 4 C. si quis ignorans 5, 73 geradezu bewieſen, daß ein Veräußerungsgeſchäft in Anſehung eines Mündelgrundſtückes gültig und zum Titel für eine Erſitzung tauglich iſt, ſofern es nur nicht vom Vormunde ſelbſt, ſondern von einem andern, und wäre es ſogar der Erbe des Vormundes, vorgenommen wird. Freilich laſſen L. 1 und L. 4 C. cit. den Lauf der Erſitzungszeit erſt beginnen von der Volljährigkeit des Mündels. Man darf dieſes aber nicht als einen Beweis gegen meine Behauptung betrachten. Denn, wäre der Veräußerungsact ſelbſt nicht gültig, ſo könnte auf ſeinem Grunde wegen Mangels des Titels auch ſelbſt nach erreichter Volljährigkeit des Mündels eine Erſitzung nicht ſtattfinden, und ich will hier noch darauf aufmerkſam machen, daß LL. 3 und 4 citt. von Diocletian und Maximian herrühren, welche Kaiſer nach Ausweis der in Anm. 40 (S. 34) angeführten Stellen von der allerſtrengſten Anſicht in Betreff des Titels ausgingen. Jene Berechnung der Erſitzungszeit erklärt ſich vielmehr einfach daraus, daß LL. 1 und 4 citt. von der longi temporis praescriptio reden, dieſe aber Minderjährigen gegenüber bekanntlich nicht lief.[54])

---

alienatio prohibeatur, — eine ſehr überflüſſige und ſogar widerſinnige Bemerkung, falls man das alienare, welches die lex Iulia verbot, objectiv von der Entfremdung des Eigenthums und nicht vielmehr ſubjectiv von dem Veräußerungsacte verſtanden hätte; widerſinnig deshalb, weil dann vor dem Erwerbe des Eigenthums durch den Mann eine alienatio von ſeiner Seite gar nicht möglich geweſen wäre, folglich auch die Frage, ob ſie durch die lex Iulia gehindert werde oder nicht, gar nicht hätte aufgeworfen werden können. Man ſieht übrigens, um dieſes beiläufig zu bemerken, daß in Anſehung eines fremden, blos redlich beſeſſenen Grundſtückes die Veräußerungsverbote der lex Iulia und der oratio Severi nicht Hand in Hand gehen.

54) L. 3 C. quib. non obiic. 7, 35. — Czyhlarz S. 420 Anm. 37 glaubt in L. 1, 2, 4 C. si quis ign. 5, 73 den Beweis zu finden, daß auch ſchon derjenige, welcher von dem Vormunde ſelbſt und ohne Decret gekauft, auf Grund dieſes Kaufes erſitzen könnte, nur daß auch hier die

Unter solchen Umständen, da alles, innere wie äußere Gründe, gleich sehr zum Vortheil der hier vertheidigten Auffassung sprechen, kann es sich nur noch darum handeln, ob ihr nicht der klare Wortlaut der oben (S. 258) angeführten und mitgetheilten L. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 und L. 16 D. de fundo dot. 23, 5 ein unübersteigbares Hinderniß bereite. Indessen von der L. 14 pr. cit. wird dieses von vornherein niemand behaupten wollen. Sie redet zwar blos von einer beim Eingreifen des Veräußerungsverbotes bereits angefangenen usucapio, als welche durch jenes Verbot nicht gehindert werde; allein es fehlt an jeder, selbst der geringsten Andeutung, daß Ulpian nicht unter Umständen eben so würde entschieden haben, wenn die usucapio erst während der Herrschaft des Veräußerungsverbotes begonnen.

Etwas anders steht es allerdings um die L. 16 cit.; und zwar deswegen, weil sie die allgemeine Regel aufzustellen scheint, daß auch der Erwerb durch usucapio von dem Veräußerungsverbote der lex Iulia gehindert werde, und davon einzig für den Fall eine Ausnahme zu machen scheint, wenn die usucapio bereits vor Beginn der Dotaleigenschaft des Grundstückes angefangen. Allein genauer zugesehen ist dieses eben nur ein bloser Schein. Denn es beruht auf der Voraussetzung, daß Tryphonin in der Stelle eine erschöpfende Erörterung aller Fälle geben wollen, in welchen die lex Iulia der usucapio im Wege stehe oder nicht im Wege stehe. Diese Voraussetzung ist aber nicht gerechtfertigt. Denn man darf nicht vergessen, in welchem Zusammenhang und aus welchem Anlasse der Jurist seine Aeußerung macht. Er geht nicht etwa unmittelbar von der Frage aus, ob und wie weit das Veräußerungsverbot der lex Iulia auch auf die usucapio einen Einfluß übe, sondern von der ganz andern, dieses Veräußerungsverbot zunächst gar nicht berührenden, ob der Ehemann sich verantwortlich mache, wenn er es versäume, ein ihm (durch

---

Ersitzung erst mit der Großjährigkeit des Mündels beginne. Wie Czyhlarz aber zu einer solchen Auslegung der Stellen gelangen konnte, vermag ich schlechterdings nicht zu begreifen.

Mancipation) zur dos gegebenes, im Usucapionsbesitze eines dritten befindliches Grundstück dem letztern mit der Eigenthumsklage abzufordern. Um die Entscheidung dieser Frage dreht sich die Stelle und war es dem Juristen eigentlich zu thun, weshalb er denn auch am Schlusse wieder darauf zurückkommt. Tryphonin bejaht die Frage; denn obgleich die lex Iulia de fundo dotali auch den Erwerb durch usucapio betreffe, so hindere sie doch nicht die (hier in Rede stehende) vor Eintritt des Grundstückes in die dos schon begonnene usucapio. Wie kann man daraus folgern, der Jurist habe diesen letzten Fall gerade als den einzigen betrachtet, in welchem die usucapio durch die lex Iulia nicht gehindert werde? Für seine Zwecke war nichts nöthig, als die Bemerkung, daß die Rückwirkung, welche allerdings das Verbot der lex Iulia auch auf die usucapio übe, sich auf den ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall nicht erstrecke. Ob es nicht noch andere Fälle gebe, auf welche sie sich ebenfalls nicht erstrecke, hatte er zu erörtern gar keine Veranlassung. Mit welchem Rechte dürfte man demnach aus jener Bemerkung den Schluß vom Gegentheil hernehmen, daß unbedingt jede nicht schon vor Beginn der Dotaleigenschaft angefangene usucapio eines Dotalgrundstückes durch die lex Iulia ausgeschlossen sei? Wie mir dünkt, fehlt es für einen solchen Schluß hier an allen nothwendigen Vordersätzen.

Begnügt man sich aber bei dem, was Tryphonin wirklich gesagt hat, so lehrt die Stelle eben nur, daß die lex Iulia auch auf die usucapio einen Einfluß äußere (was niemand bestreitet), daß aber dieser Einfluß auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall einer bei Beginn der Dotaleigenschaft des Grundstückes bereits laufenden Usucapion sich nicht ausdehne. Ob es nicht noch andere dergleichen Fälle gebe (wie ich mit Savigny behaupte), bleibt eine völlig offene Frage. [55])

---

55) Wie Bechmann S. 454 Anm. 1 dieser schon früher (Band 47 S. 145 fg.) von mir gegebenen, genau an den Wortlaut der Stelle sich haltenden Darstellung vorwerfen kann, daß sie dem Juristen eine Aeußerung beilege, die dieser nicht gemacht, ist mir in der That unbegreiflich. Dieser Vorwurf trifft vielmehr die gewöhnliche Auslegung, da sie gerade

Aus allen diesen Gründen bleibe ich entschieden bei der Ansicht stehen, daß die gesetzlichen Veräußerungsverbote nur ein Hinderniß bilden für die Usucapion auf Grund einer Veräußerungshandlung desjenigen, welchem das Gesetz die Veräußerung untersagt.

Daß auch L. 3 §. 3 C. comm. de legat. 6, 43 und Nov. 22 c. 24, Stellen, welche Windscheid Pand. §. 182 Anm. 14 in Verbindung mit vorliegender Frage noch anführt, diesem Ergebnisse nicht widerstreiten, ihm vielmehr zu nicht unerheblicher Unterstützung dienen, lehrt die einfache Betrachtung der Stellen. Denn in beiden ist nur die Rede von Veräußerungshandlungen derjenigen, an welche das Veräußerungsverbot vom Gesetzgeber gerichtet ist, und in beiden wird nicht undeutlich darauf hingewiesen, daß die Nichtigkeit des Veräußerungsactes, d. h. der Mangel des Titels, der Grund sei, weßhalb eine ordentliche Ersitzung nicht stattfinde.

Zum Schlusse noch eine kurze Bemerkung. Daß der redliche Erwerb des Besitzes einer Sache durch ein zu einem Titel geeignetes gültiges Rechtsgeschäft zur usucapio führe, ist die Regel des Rechtes, das ius commune, bei welchem wir so lange stehen bleiben müssen, als nicht eine Ausnahme bestimmt und unzweideutig erwiesen ist. Sind aber die äußern und innern Gründe, worauf sich die herrschende Meinung zu Gunsten der von ihr behaupteten Ausnahme beruft, stark genug, einen solchen unzweideutigen Beweis abzugeben? Diese Frage wird schwerlich ein unbefangener bejahen können, und schon deßhalb scheint es mir geboten, der hier vertheidigten Ansicht zu folgen, welche mit der Regel in vollstem Einklange bleibt.[56])

---

es ist, welche mittels eines argumentum a contrario in die Stelle etwas hineinlegt, was darin nicht ausgesprochen ist. Vgl. Bechmann's eigene Erklärung auf S. 452 Anm. 2.

56) Zur Verhütung jedes Mißverständnisses will ich hier anmerken, daß ich überall nur von der Frage geredet habe und zu reden hatte, von welcher Art der Einfluß sei, den ein bloses Veräußerungsverbot auf die usucapio übe. Ob nicht zu Gunsten mancher Personen, welche das frühere Recht gegen den Verlust gewisser Sachen nur durch ein Veräußerungsverbot zu schützen suchte, im Justinianischen Rechte die Ersitzung durch

Auf dem Standpunkte dieser Ansicht führt sich nämlich, wie schon öfters erwähnt, der Einfluß der Veräußerungsverbote auf die usucapio einfach darauf zurück, daß jeder dem Verbote zuwiderlaufende Veräußerungsact als nichtig erscheint und daher weder unmittelbar Eigenthum zu verschaffen, noch auch einen genügenden Titel für eine Usucapion zu bilden vermag.

Dieses wird bestätigt durch L. 42 D. de usurp. 41, 3:

Papinian. l. III. Quaest.: — Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet.

Es darf bei dieser Stelle nicht übersehen werden, daß sie im Titel de usucapionibus steht und daher zunächst und hauptsächlich gerade auf die Usucapion bezogen werden muß. Wenn, das ist der vollständige Sinn, — wenn der Mann ein Dotalgrundstück verkauft, so kann der Käufer nicht usucapiren, und zwar einerlei, ob er in bona oder in mala fide ist („scienti vel ignoranti rem dotis esse"); denn ein solcher Kauf ist ungültig, und es fehlt daher an einem Titel für die Ersitzung. [57])

Ob aber bei einem gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden Verkaufe wirklich auch schon das Kaufgeschäft als solches, oder ob gerade nur der eigentliche Act der Veräußerung selbst (die Tradition an den Käufer) nichtig sei, über diese Frage kann ich hier gänzlich hinweggehen. [58]) Denn bei der usucapio pro emtore besteht der Titel nicht in dem Kaufgeschäft

---

positive Bestimmung in weiterm Umfang ausgeschlossen sei, z. B. zu Gunsten der Minderjährigen durch L. 5 C. in quib. caus. in int. rest. 2, 41, zu Gunsten der Ehefrauen durch L. 30 C. de iure dot. 5, 12: das ist eine ganz andere Frage, die aber von meinem Wege völlig abseits liegt.

57) Vgl. auch L. 5 §. 14 („nullam esse venditionem"), L. 7 §. 3 („nihil egisse"), L. 8 §. 1 D. de reb. eor. 27, 9. Savigny System IV. S. 569 Note c.; Vangerow Pand. I. §. 299 (7. Aufl. S. 549); Czyhlarz S. 428.

58) Vgl. Brandis in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VII. S. 181 ff., Vangerow a. a. O., Czyhlarz S. 429. Letzterer scheint mir mit Recht aus L. 42 D. cit. und L. 77 §. 5 D. de legat. II. (31) zu folgern, daß auch schon der Kauf als solcher ungültig ist.

allein, sondern in dem Kauf und der darauf hin geschehenen Tradition der Sache zusammengenommen. Ist daher auch blos der Act der Tradition als solcher ein ungültiger, so fehlt es an einem genügenden Titel, selbst wenn der Gültigkeit des Kaufgeschäftes als solchen nichts im Wege stehen sollte.

Möchte für einen so selbstverständlichen Satz noch ein besonderer Beweis erforderlich scheinen, so findet er sich mit einer Unzweideutigkeit, die nichts zu wünschen übrig läßt, in einer auch sonst interessanten Stelle, der L. 7 §. 3 D. de curat. fur. 27, 10:

> Iulian. l. XXI. Dig.: — Quaesitum est, an alteri ex curatoribus furiosi recte solvatur, vel an unus rem furiosi alienare possit. Respondi, recte solvi; eum quoque, qui ab altero ex curatoribus fundum furiosi legitime mercaretur, usucapturum, quia solutio, venditio, traditio facti magis, quam iuris sunt. Ideoque sufficit unius ex curatoribus persona, quia intelligitur alter consentire; denique si praesens sit et vetet solvi, vetet venire vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emtor usucapiet. [59])

21. Bei der bisherigen Erörterung bin ich überall nur von dem gesetzlichen Veräußerungsverbot ausgegangen. Es scheint mir aber im Hinblick auf die Quellen unzweifelhaft, daß auch der Verkauf gegen ein letztwilliges Veräußerungsverbot als ungültig und zu einem Usucapionstitel ungeeignet angesehen werden muß. Sehr allgemein wird zwar das Gegentheil gelehrt, indem man bekanntlich anzunehmen pflegt, daß letztwillige und vertragsmäßige Veräußerungsverbote eine Nichtigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nicht zu bewirken vermöchten. Allein in Ansehung des letztwilligen Veräußerungsverbotes steht diese Lehre in offenem Widerspruche

59) Vgl. noch L. 7 §. 16 D. de Publ. act. 6, 2 (Ulp.): Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere: ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. S. ferner L. 31 pr. D. de usurp. 41, 3 und dazu Huschke in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. II. S. 165. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 108 a. E. (S. 373). Vgl. auch das später in der Anm. 79 zu sagende.

nicht allein mit L. 2 C. de usuc. pro emt. 7, 26, einem Reſcripte Alexander's vom J. 224 folgenden Inhaltes:

> Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt,

ſondern auch mit L. 38 pr. D. de legat. III. (32), ob man ſich gleich gerade auf dieſe Stelle als auf einen Beweis für die herrſchende Annahme zu berufen pflegt. Denn nicht nur ſind die darin an Scävola gerichteten Fragen gar nicht zu begreifen, wenn es feſtſtand, daß ein letztwilliges Veräußerungsverbot die dingliche Wirkung einer trotzdem vorgenommenen Veräußerung nicht hindere, ſondern, wenn am Schluſſe die Frage geſtellt wird, ob die Käufer, an welche der Erbe zum Behufe der Befriedigung von Erbſchaftsgläubigern die dem Verbot unterworfenen Grundſtücke verkaufte, gültig gekauft hätten (denn anders läßt ſich doch das „an emtores bene emerint" gar nicht verſtehen), und wenn darauf die Antwort ertheilt wird:

> secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, **si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset,**

ſo iſt ja damit geradezu ausgeſprochen, daß der Kauf nichtig ſein würde, wenn die Erbſchaft noch anderweite Mittel zur Tilgung der Erbſchaftsſchulden darböte.[60])

---

60) Daß in Ermangelung ſolcher anderweiter Mittel der Kauf für gültig erklärt wird, hat darin ſeinen einfachen Grund, daß ein vom Teſtator im Intereſſe gewiſſer Perſonen ausgeſprochenes Veräußerungsverbot, gleich den Vermächtniſſen, den Anſprüchen der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Nachlaſſe weichen muß: L. 114 §. 14 in fin. D. de legat. I. (30) — Zum weitern Belege für die im Text ausgeſprochene Behauptung kann auch noch die Ausdrucksweiſe des Scävola in L. 38 §. 3 D. de legat. III. (32) dienen. Ferner iſt zu beachten, daß ein teſtamentariſches Freilaſſungsverbot der trotzdem vorgenommenen Freilaſſung jede Wirkung entzieht: L. 4 §. 9, L. 9 D. de manum. 40, 1, L. 9 §. 2 D. qui et a quib. manum. 40, 9, L. 7 C. de test. man. 7, 2, L. 2 C. qui non poss. 7, 12. Nun iſt aber, namentlich wenn man den bekannten favor libertatis berückſichtigt (vgl. L. 25 §. 2 D. ad SC. Treb.

Zweifelhafter iſt die Entſcheidung in Rückſicht des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes, über deſſen Wirkung nach Aus-

---

36, 1) nicht allein nicht abzuſehen, weßhalb ein Freilaſſungsverbot ſtärker wirken ſollte, als ein Veräußerungsverbot, ſondern in L. 2 C. cit. wird auch ſichtlich letztwilliges Veräußerungs- und Freilaſſungsverbot ganz auf gleiche Linie geſtellt. Keinen Gegenbeweis gegen die im Texte vertretene Anſicht, welche ſchon diejenige der Gloſſe war (ſ. glo. Sanctmus ad L. 7 C. de reb. alien. 4, 51), liefern 1) L. 88 §. 4, L. 93 pr. D. de legat. III. (32); denn ſie beweiſen gleich L. 114 §. 14 D. de legat. I. (30) blos, daß ein Veräußerungsverbot, dem jedes erweisliche Intereſſe abgeht, als nudum praeceptum nicht beachtet wird, 2) L. 69 §. 8, L. 77 §. 27 D. de legat. II. (31); denn aus ihnen erhellt nichts weiter, als daß ein mit blos fideicommiſſariſchen Worten ausgedrücktes Veräußerungsverbot (verb. „petiit“), alſo eine bloſe an die Erben oder Vermächtnißnehmer gerichtete Bitte, nicht zu veräußern, ähnlich der fideicommiſſariſchen Freiheitsertheilung, einer dinglichen Wirkung ermangelt, wie denn auch in L. 76 §. 3 D. eod. und L. 114 §. 15 D. de legat. I. (30) die in fideicommiſſariſcher Form angeordnete Nichtveräußerung betont wird. (In L. 114 §. 14 D. eod., L. 38 pr., §. 3 D. de legat. III. (32) wird dagegen von einem unmittelbaren vetare, prohibere der Veräußerung, in L. 2 C. de usuc. pro emt. von einem praecipere heredibus servari geſprochen.) — Seuffert Das geſetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Univerſalvermächtniſſen (München 1854) S. 28 ff. will die L. 38 pr. D. cit. gleich andern Stellen aus dem von Juſtinian aufgehobenen Rechtsmittel der in rem missio erklären. Allein dies geht um deswillen nicht an, weil in L. 38 pr. cit. ausdrücklich ein mit dem Fideicommiß unbekannter Käufer vorausgeſetzt wird, während wir aus Paul. IV. 1 §. 15 lernen, daß dem Fideicommiſſar eine ſolche missio in possessionem nur gegen denjenigen ertheilt wurde, der die Sache wiſſend, daß ſie einem Fideicommiß unterliege, von dem Belaſteten erworben. Seuffert nimmt nun freilich an, in ſpäterer Zeit ſei eine in rem missio auch gegen den mit der Fideicommißeigenſchaft unbekannten Käufer ertheilt worden, und betrachtet die L. 38 pr. cit. als einen der hauptſächlichſten Belege für dieſe ſpätere Entwickelung. Allein dabei iſt überſehen, daß gerade L. 38 cit. die ältere Stelle und zwar, da ſie aus Scävola's Digeſten herſtammt, nicht unerheblich älter, als der Ausſpruch des Paulus, iſt. (Vgl. mein Programm über das Alter der Schriften römiſcher Juriſten S. 26 und 48.) Für L. 2 C. de usuc. pro emt. vollends fehlt es auf Seuffert's Standpunkt an jeder Erklärung. Seuffert beſcheidet ſich denn auch (S. 27 Anm. 18), gleich andern, ſie für eine ſinguläre Ausnahme zu erklären: ein Nothbehelf, wofür es an jedem Anhalte mangelt. Wenn Windſcheid Pand. §. 172 a Anm. 5 in Rückſicht auf die Stelle bemerkt:

weis der glo. Sancimus ad L. 7 C. de reb. al. 4, 51 bereits unter den Gloſſatoren ſehr verſchiedenartige Meinungen beſtanden. Dieſe Frage hat indeſſen, wie überhaupt die ganze Frage nach der dinglichen oder nicht dinglichen Wirkung der einzelnen Arten von Veräußerungsverboten, mit meiner Aufgabe nur einen ſo nebenſächlichen Zuſammenhang, daß ſie hier nicht weiter verfolgt werden kann.

22. Eine beſondere Erörterung verdienen die Fälle, in denen der Prätor kraft ſeiner Amtsgewalt jemandem die Veräußerung gewiſſer Sachen verbietet. Als hauptſächlichſtes Beiſpiel tritt uns in den Quellen der Fall entgegen, wenn der Prätor dem Erben, deſſen Mittelloſigkeit von den Erbſchaftsgläubigern behauptet wird, die Veräußerung der Erbmaſſe unterſagt.[61])

Gehen wir zunächſt von einem ganz allgemeinen Standpunkt aus, ſo werden wir geneigt ſein zu ſagen: Der Prätor kann zwar kraft ſeiner Amtsgewalt die nach ius civile eingetretenen Folgen gewiſſer Thatſachen praktiſch bedeutungslos

---

„In L. 2 C. de usuc. pro emt. 7, 26 iſt das Wirkſame nicht das teſtamentariſche Veräußerungsverbot, ſondern die teſtamentariſche Beſchränkung der vormundſchaftlichen Gewalt", ſo iſt gegen dieſen, wie gegen andere ähnliche Erklärungsverſuche zu erinnern: erſtens, daß aus der Teſtamentsclauſel, wie ſie in L. 2 C. cit. berichtet wird, unmöglich etwas anderes, als ein Veräußerungsverbot herausgeleſen werden kann, da ſie von den Tutoren gar nicht einmal redet, zweitens, daß mit jener Erklärung die Schwierigkeit, wie mir ſcheint, nur um den Preis einer ungleich größern beſeitigt wird. Denn, daß die vormundſchaftliche Gewalt teſtamentariſch in ſolcher Art eingeſchränkt werden könne, ſtünde doch erſt noch zu erweiſen, und es iſt hiebei nicht zu überſehen, daß in L. 2 C. cit. keineswegs ein gerade vom Vater der Unmündigen herrührendes Teſtament vorausgeſetzt wird (wie Unterholzner Verjährungsl. I. §. 38 ganz willkürlich annimmt). Warum aber überhaupt ſo ſehr gegen die Anerkennung eines Satzes ſich ſträuben, der unter den Gloſſatoren unbeſtritten feſtſtand, und der doch neben der in rem missio, welche man im vorjuſtinianiſchen Rechte ſchon bei jedem gewöhnlichen Fideicommiſſe dem Fideicommiſſar gegen den dritten mit dem Fideicommiſſe bekannten Erwerber der Sache zugeſtand, ohnehin ganz und gar nichts auffallendes haben kann?

61) L. 31 §. 4 D. de reb. auct. iud. 42, 5.

machen, er kann aber nicht hindern, daß aus diesen Thatsachen jene Folgen hervorgehen; denn er steht der staatsrechtlichen Theorie nach nicht über, sondern unter dem ius civile. Ein blos prätorisches Veräußerungsverbot vermag daher nicht zu bewirken, daß ein nach ius civile gültiger Kauf nichtig wäre. Eben so wenig vermag es der darauf hin erfolgten Tradition den Erfolg zu entziehen, daß sie an res nec mancipi quiritarisches Eigenthum überträgt. Darum muß denn aber ein nach ius civile rechtsbeständiger Kauf mit darauf erfolgter Tradition trotz eines entgegenstehenden prätorischen Veräußerungsverbotes auch als genügender Usucapionstitel anerkannt werden. Nur macht sich der Käufer, falls er das Verbot kannte, einer Unredlichkeit schuldig, und kann daher wegen mangelnder bona fides nicht usucapiren.

Diese Sätze scheinen durch folgende zwei Aussprüche der Quellen auch eine positive Bestätigung zu erhalten:

L. 7 §. 5 D. pro emt. 41, 4 (Iulian. l. XLIV. Dig.): Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet.

L. 12 D. de usurp. 41, 3 (Paul. l. XXI. ad Edict.): Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.[62])

23. Es bleibt jetzt noch die Betrachtung der dritten Gruppe von Fällen übrig, in denen ein thatsächlich geschehener Kauf als ungültig erscheint; derjenigen Fälle nämlich, in welchen die

62) Aehnlich der im Texte gegebenen ist die Begründung von Schirmer Usucapion S. 213 f. Vgl. auch Unterholzner Verjährungsl. I. S. 151. — Einige Schwierigkeit machen L. 26 D. de cont. emt. 18, 1 und L. 4 D. de auct. tut. 26, 8, beide aus dem 17. Buche des Pomponius ad Sabinum; nicht nur, weil es danach scheint, als ob der wissentliche Kauf zuwider einem blos prätorischen Veräußerungsverbot auch den unmittelbaren Eigenthumsübergang (falls der Verkäufer Eigenthümer gewesen) verhindere, sondern auch und ganz hauptsächlich, weil Pomponius nach der ersten Stelle anzunehmen scheint, wer von einem interdicirten Verschwender ohne Kenntniß dieser seiner Eigenschaft kaufe, erlange dadurch das Eigenthum der gekauften Sache. S. unten Nr. 25. Im Zusammenhange des Justinianischen Rechtes werden die Stellen von der Ersitzung verstanden werden müssen.

Ungültigkeit ihren Grund hat in mangelnder Handlungs- oder Verfügungsfähigkeit des Verkäufers. Ich stelle hiebei den Fall des Kaufes von einem Wahnsinnigen voran, weil es dafür am leichtesten sein wird, eine bestimmte Entscheidung zu gewinnen.

Wenn jemand einem Wahnsinnigen ohne Kenntniß von seinem Zustand etwas abkauft, so hatte sich schon zur Zeit der spätern klassischen Juristen die Ansicht festgestellt, daß er usucapiren könne.

L. 2 §. 16 D. pro emt. 41, 4 (Paul. l. LIV. ad Edict.): Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio; et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.[63])

Es fragt sich: ist dieses eine Usucapion aus wirklichem oder blos vermeintlichem Titel? Von manchen, wie z. B. neuerdings von Exner Tradition S. 369, wird das erste angenommen; gewiß aber muß man sich für das zweite entscheiden, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Was ein Wahnsinniger thut, ist juristisch völlig bedeutungslos, und ein Geschäft, das er thatsächlich vornimmt, besteht daher nur dem äußern Anscheine nach; für das Recht ist es gar nicht vorhanden und steht mit einem Geschäfte, dessen thatsächlicher Abschluß blos irrthümlich angenommen wird, auf völlig gleicher Linie.[64]) Schon deßhalb kann in einem mit einem Wahnsinnigen abgeschlossenen Kaufe kein verus titulus usucapionis gefunden werden. (S. oben Nr. 19 a. E.).

2) Zudem sagt uns aber auch Paulus selbst: obwohl juristisch kein Kauf vorhanden („quamvis nulla esset emtio") und es folglich — so ist der Gedanke des Juristen offenbar zu ergänzen — an einem Titel mangele, so habe man doch aus Nützlichkeitsrücksichten (utilitatis causa) eine Usu-

63) Vgl. noch L. 7 §. 2 D. de Publ. act. 6, 2 (Marcellus und Ulp.), L. 13 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Paul.).

64) L. 1 §. 12 D. de O. et A. 44, 7, L. 6 D. de V. O. 45, 1, L. 2 C. de cont. emt. 4, 38 u. v. a. S. Savigny Syst. III. S. 84.

capion zugelaſſen, ſofern nur der Käufer den Verkäufer für geſundſinnig gehalten. Iſt ſchon dieſe Aeußerung ein ganz unzweideutiger Beweis, ſo fügt aber Paulus, um gleichſam jeden Gedanken an das Daſein eines verus titulus recht gründlich zu verbannen, noch weiter bei: da juriſtiſch kein Kauf vorhanden, und jenes nur eine bloſe Singularität, ſo dürfe man über dieſe auch nicht hinausgehen, und der Käufer habe daher weder einen Anſpruch auf Evictionsleiſtung, noch auf die Publiciana, noch auf accessio possessionis. Aus den beiden letzten Bemerkungen namentlich ergibt ſich auf das allerbeſtimmteſte, daß Paulus hier einen Titel in der That nicht annahm; denn wie hätte er ſonſt die Publiciana und accessio possessionis verweigern können! Freilich hatte, wie in L. 7 §. 3 D. de Publ. act. 6, 2 zu leſen, Ulpian in Betreff der Publiciana eine andere Meinung. Man darf daraus aber nicht etwa folgern wollen, daß Ulpian abweichend von Paulus in dem Kaufe von einem Wahnſinnigen einen verus titulus gefunden. Sondern Ulpian meinte nur, weil man bei dem Käufer einen Uſucapionsbeſitz anerkenne, ſo müſſe man ihm auch die mit jedem Uſucapionsbeſitze verbundene Klage geſtatten. Im letztern erblickt er — und gewiß mit Recht — eine einfache und nothwendige Folge des erſten, ohne erſt noch zu unterſuchen, ob hier die Uſucapion auf einem verus titulus beruhe oder nicht. Am beſten wird dieſer Gedankengang Ulpian's aus dem Wortlaute der L. 7 §. 2 cit. ſelbſt erhellen:

> Marcellus libro XVII. Dig. scribit, eum qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere; ergo et Publicianam habebit.

3) Endlich wird von Ulpian in L. 13 §. 1 D. de H. P. 5, 3 derjenige, welcher wiſſentlich von einem Wahnſinnigen kauft, ein pro possessore possessor genannt. In Rückſicht auf das, was oben in Nr. 6 erörtert worden, darf hieraus wiederum der Schluß gezogen werden, daß die Römer den Kauf von einem Wahnſinnigen als verus titulus nicht betrachteten.

24. Wer ohne tutoris auctoritas von einem Unmündigen kauft, den er für mündig hält, kann nach dem Ausſpruche des Paulus in L. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4 gleich-

falls usucapiren. [65]) Auf dem durch den bisherigen Gang der Untersuchung bereits gewonnenen Boden werden wir unbedenklich sagen dürfen, daß auch dieses nur eine Usucapion aus putativem Titel sei. Denn wollte man selbst annehmen, daß das mit einem Unmündigen abgeschlossene Kaufgeschäft wegen der für den Unmündigen daraus entspringenden naturalis obligatio nicht als ungültig könne angesehen werden: so steht doch fest, daß ein Unmündiger ohne tutoris auctoritas nicht fähig ist, irgend etwas zu veräußern. Jedenfalls müßte also wenigstens die von dem Unmündigen geschehene Tradition als nichtig und juristisch bedeutungslos erscheinen und aus diesem Grunde das Dasein eines Titels geleugnet werden. [66])

Dieses Ergebniß wird aber nicht unbedeutend unterstützt durch die Art, wie Paulus in L. 2 §. 15 cit. sich ausspricht. Die maßgebenden Worte lauten so:

> Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione.

Mit Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang und im Hinblick auf §. 2 eiusd. leg., L. 9 §. 4 D. de iur. et facti ign. 22, 6 und andere Stellen kann gar kein Zweifel sein, daß die letzten Worte nicht so, wie sie lauten, von Paulus herrühren, daß vielmehr dieser geschrieben hat: ut hic plus sit in existimatione, quam in re. [67]) Dieses kann dann

---

65) Daß Sachen Unmündiger nach klassischem Rechte usucapirt werden konnten, und daß man also in L. 2 §. 15 cit. nicht nothwendig an den Verkauf einer fremden Sache zu denken hat, wird gegenwärtig wohl allgemein anerkannt. In L. 48 pr. D. de A. R. D. 41, 1 muß schon wegen der Basiliken (L. 1, 47) „populi" statt „pupilli" gelesen werden. Vgl. Arndts in der Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. XX. S. 390 f., Pand. § 162 Anm. 1, Böcking Pand. II. §. 145 Note 31 (S. 83), Vangerow Pand. I. §. 317 (7. Aufl. S. 583), Windscheid Pand. §. 182 Anm. 11 u. a.

66) S. oben Nr. 20 a. E. — Exner Tradition S. 367 Note 57, S. 369 nimmt auch hier einen verus titulus an.

67) Diese schon von Cujacius vorgeschlagene und durch den Sinn gebieterisch geforderte Versetzung wird auch von den meisten neuern gebilligt. S. Unterholzner Verjährungsl. I. S. 119 ff., Gans

aber im Zuſammenhalte mit cit. §. 2 h. l. nur bedeuten: obwohl es dem Käufer in Wahrheit an einem Titel fehlt, ſo ſoll doch hier die Meinung, einen Titel für ſich zu haben, mehr als die Wirklichkeit in Betracht kommen.

Endlich iſt auch noch Gewicht zu legen auf L. 9 C. de usuc. pro emt. 7, 26, ein Reſcript von Diocletian und Maximian, worin es heißt:

> Eum qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis longi spatium defendit. Sed si locupletior emtoris pecunia factus post pubertatem occasionem iuris ad iniquum trahat compendium, doli mali summovebitur exceptione.

Wäre es blos das Wiſſen des Käufers um das unmündige Alter des Verkäufers, was die Kaiſer hier bewogen, jede Erſitzung für ausgeſchloſſen zu erklären, ſo hätte dieſer Umſtand als das wichtigſte und eigentlich entſcheidende Moment doch nothwendig erwähnt werden müſſen. Aus der Nichterwähnung folgt alſo, daß allgemein für jeden, der von einem Unmündigen ohne auctoritas tutoris, gleichviel, ob wiſſentlich oder nicht wiſſentlich, gekauft, die Erſitzung unzugänglich ſein ſoll. Welcher andere Grund ließe ſich aber für dieſe Entſcheidung denken, wenn nicht der Mangel des Titels?

An dem Widerſpruche, welcher demnach zwiſchen dieſem

Scholien zum Gaius S. 255 ff., Schirmer Uſucapion S. 208 Note 208, Arndts in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß XX. S. 403 Anm. 2. Pulväus hat zwar die Stelle auch nach der gewöhnlichen Lesart zu erklären verſucht. Man ſoll nämlich an eine nicht dem Pupillen, ſondern einem dritten gehörige Sache, die der Pupill veräußert habe, denken, und die Worte: ut hic plus sit in re, quam in existimatione ſollen dann ſagen: in ſolchem Fall müſſe die Wirklichkeit (res), daß die Sache keine Pupillenſache, mehr gelten, als die fälſchliche Meinung (existimatio), daß es eine ſei. Allein dieſe Erklärung geht nicht nur von der falſchen Vorausſetzung aus, daß Pupillengut nach klaſſiſchem Rechte uſucapionsunfähig geweſen, eine Vorausſetzung, welche ſelbſt für die der oratio Severi unterliegenden Mündelſachen nicht richtig iſt (ſ. oben Nr. 20), ſondern ſie fällt ſchon durch die einfache Bemerkung, daß in dem von Paulus angenommenen Fall der Käufer den Unmündigen für mündig hält und alſo auch die gekaufte Sache nicht fälſchlich für die Sache eines Unmündigen halten kann. S. noch Gans und Schirmer a. d. a. OO.

Reſcript und der vorhin beſprochenen L. 2 §. 15 D. pro emt. beſteht, darf man hier, wo es ſich blos um die Frage nach dem Begriff und Weſen des Titels handelt, keinen Anſtoß nehmen. Um ſo weniger, als eine ganze Reihe von Stellen beweiſen, daß gerade Diocletian und Maximian den allerſtrengſten Standpunkt in Anſehung des Titels einnahmen; einen ungleich ſtrengern, als die große Mehrzahl der ſpätern klaſſiſchen Juriſten. (S. oben Nr. 16.) Wie die beiden Stellen als Beſtandtheile der Juſtinianiſchen Rechtsbücher ſich zu einander verhalten, iſt eine andere Frage, zu deren Erörterung jedoch an dieſem Orte kein Anlaß vorliegt.

25. Aus dem ſo eben feſtgeſtellten Satz iſt es eine bloſe Folge, daß auch derjenige nur aus putativem Titel erſitzt, der von einem Unmündigen unter auctoritas eines falsus tutor kauft, indem er dieſen für den wirklichen Tutor hält.[68])

Die gleiche Entſcheidung kann ferner keinem Zweifel unterliegen, wenn jemand ohne Kenntniß der Interdiction von einem interdicirten Verſchwender kauft, da ja die rechtliche Stellung eines ſolchen mit derjenigen des impubes pubertati proximus faſt vollſtändig übereinkommt.[69]) Man könnte freilich zu glauben verſucht ſein, daß die verminderte Handlungsfähigkeit des Verſchwenders blos auf der Amtsgewalt des Prätors beruhe, weil ſie erſt durch ſein interdicirendes Decret herbeigeführt werde, und daß daher in Rückſicht auf eine frühere Erörterung (Nr. 22) der Verkauf von Seite des interdicirten Verſchwenders als verus titulus aufzufaſſen. Wirklich ſcheinen nach L. 26 D. de cont. emt. 18, 1 einzelne römiſche Juriſten, insbeſondere Pomponius, die Sache ſo betrachtet zu haben. (S. oben Anm. 62.) Allein gewiß nicht mit Recht. Denn der Prätor, der einen Verſchwender interdicirt, ſpielt dabei keine andere Rolle, als

68) Vgl. L. 13 §. 2 D. de Publ. act. 6, 2 (Gaius). S. auch L. 4 D. de auct. tut. 26. 8 (Pompon.).

69) Vgl. Savigny Syſtem III. S. 88. — Daß in dem erwähnten Fall überhaupt uſucapirt werden kann, ergibt ſich theils aus der Analogie der in Nr. 23 und 24 beſprochenen Fälle, theils (für das Juſtinianiſche Recht) aus L. 26 D. de cont. emt. 18, 1. (S. oben Anm. 62).

der heutige Richter, der es thut. Er stellt lediglich fest, daß die Merkmale ungebürlicher Verschwendung vorhanden, und spricht dann nur im Namen und gleichsam als Mund des Gesetzes die Folge aus, welche sich daran schon kraft des ius civile und der XII Tafeln knüpft. Bester Beweis hiefür ist der Umstand, daß die XII Tafeln den prodigus gleich dem furiosus unter Vormundschaft stellen. Auch scheint dieses, mindestens seit Julian, die herrschende Ansicht der römischen Juristen gewesen zu sein, da sie den interdicirten Verschwender in Ansehung der Unfähigkeit zu Veräußerungen dem Wahnsinnigen und Unmündigen ganz gleich setzen.[70])

Ein anderer in diese Reihe gehöriger Fall ist endlich dieser. Wenn ein schon mündiger Minderjähriger einen bleibenden Curator erhalten, so verliert er unbestrittener Maßen die Fähigkeit, ohne Zustimmung seines Curators Veräußerungen vorzunehmen. Und zwar wird er in Rücksicht auf Veräußerungen geradezu mit dem interdicirten Verschwender zusammengestellt.[71]) Da nun letzterer, gleich dem Unmündigen, durch eigenmächtigen Verkauf und Tradition einen verus titulus usucapionis nicht zu begründen vermag, so muß das nämliche auch bei jenem Minderjährigen gelten; und wenn dennoch dem Käufer, welcher seinen Verkäufer für großjährig gehalten, die Ersitzung verstattet wird[72]): so kann auch darin natürlich nur eine Usucapion aus blos putativem Titel erblickt werden.

26. Unter Geschlechtstutel stehende Frauenspersonen können nach dem Rechte der klassischen Zeit ohne tutoris auctoritas weder sich verpflichten, noch auch res mancipi veräußern.[73]) Hat dennoch eine bevormundete Frau ohne auctoritas ihres

---

70) L. 10 pr. D. de curat. fur. 27, 10 (Iulian., Ulpian.), L. 18 §. 2, 3 D. de cast. pec. 49, 17 (Maecian.), L. 6 D. de V. O. 45, 1 (Ulp.), L. 29 D. de cond. ind. 12, 6 (Ulp.). — Vgl. auch L. 1 pr. D. de curat. fur. 27, 10 (Ulp.): „Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio."

71) L. 8 C. de in int. rest. min. 2, 22 (Diocl. et Maxim.). Savigny Vermischte Schriften II. S. 383 fg.

72) Vgl. L. 7 §. 4 D. de Publ. act. 6, 2 (Ulp.).

73) Ulp. XI. 27 vgl. Gai. I. 192, II. 80 sqq., III. 108, 176 u. a.

tutor, oder mit auctoritas eines falsus tutor, eine res mancipi verkauft und übergeben: so scheint sich wiederum von selbst die Entscheidung zu ergeben, daß kein verus titulus vorhanden, daß vielmehr höchstens, wenn der Käufer die Verkäuferin für vormundsfrei [74]) oder den falsus tutor für den wahren gehalten, von einer Usucapion aus putativem Titel die Rede sein könne. Es fragt sich aber, ob dem nicht fr. Vat. §. 1 entgegenstehe, eine Frage, die sich nur durch genaueres Eingehen auf die Stelle beantworten läßt.

Diese scheint, insofern die große Aehnlichkeit ihrer Fassung mit L. 27 D. de contr. emt. 18, 1 einen Schluß gestattet, aus dem 8. Buche des Paulus ad Sabinum entnommen und lautet folgendermaßen:

[Qui a muliere, quae in tutela est,] sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit, vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat, nec pro emtore eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus pro emtore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere, et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

---

74) Darauf, d. h. natürlich umgekehrt auf das Wissen, daß die Verkäuferin unter Tutel sich befinde, ist das „sciens“ am Eingange von fr. Vat. §. 1 zu beziehen. Man sollte daher, um dieses auch sprachlich besser hervortreten zu lassen, am Anfange der Stelle nicht blos ergänzen: „Qui a muliere,“ sondern lieber, ähnlich wie bei Gai. II. 118, IV. 108 und Ulp. I. 17, „Qui a muliere. quae in tutela est.“ Ich habe dieses bei der sogleich folgenden Mittheilung der Stelle im Texte bereits gethan. Daß übrigens seit der Lex Iulia et Papia Poppaea von der Tutel freie Frauenspersonen vorkommen konnten und gewiß gar nicht einmal selten waren, da in der Regel schon drei Kinder von der Tutel befreiten, erhellt aus Gai. I. 145, 194, III. 44, Ulp. XXIX. 3, fr. Dosith. §. 15 (17).

Zuvörderſt wird hier geſagt: wer von einer unter Tutel ſtehenden Frau wiſſentlich ohne tutoris auctoritas oder unter auctoritas eines falsus tutor, deſſen Eigenſchaft als eines ſolchen er kenne, eine res mancipi kaufe, könne nicht als bonae fidei emtor betrachtet werden.[75]) Wenn nun fortgefahren wird: Labeo habe geglaubt, daß ein ſolcher Käufer nicht einmal pro emtore, ſondern nur pro possessore beſitze: ſo ſcheint darin nach dem in Nr. 6 geſagten die volle Beſtätigung zu liegen, daß auch und vor allen Dingen ſchon ein verus titulus nicht vorhanden. Freilich wird aber dieſe Meinung Labeo's ſofort dahin berichtigt, daß, entſprechend der richtigern Anſicht des Proculus und Celſus, allerdings eine pro emtore possessio anzunehmen. Iſt darin nicht ein Anerkenntniß zu finden, daß jener Kauf an ſich einen genügenden Titel für die Uſucapion enthalte, und daß letztere allein wegen des mangelnden guten Glaubens ausgeſchloſſen ſei?[76]) Der Zweifel ſcheint um ſo berechtigter, als noch beigefügt wird, daß Julian dem Käufer, falls er an die Verkäuferin den Kaufpreis gezahlt, in der That ſogar die Uſucapion geſtatte.

Trotzdem können bei näherer Betrachtung dieſe Bedenken nicht Stand halten. Proculus und Celſus ſchreiben dem Käufer eine possessio pro emtore blos deßhalb zu, weil eine Frau den Beſitz von res mancipi auch ohne auctoritas ihres Tutors zu veräußern im Stande ſei. Wenn eine Frau, ſo iſt der Gedanke dieſer Juriſten, einem andern z. B. precario den Beſitz und das ius possessionis an einer res mancipi ohne tutoris auctoritas überlaſſen kann, ſo muß auch dem Verkauf und darauf erfolgter Tradition einer res mancipi ohne tutoris auctoritas wenigſtens die Wirkung zuerkannt werden, daß der Käufer den Beſitz und damit das Recht der poſſeſſoriſchen Inter-

75) Daraus folgt von ſelbſt, daß er bonae fidei emtor iſt, falls er die Frau für vormundſchaftsfrei oder den falsus tutor für den wirklichen tutor gehalten. Ob man ihm dann auch (auf Grund putativen Titels) die Uſucapion geſtattet habe, wird nirgends ausdrücklich geſagt; man darf es aber nach Analogie der in den vorigen Nummern behandelten Fälle für die ſpätere klaſſiſche Zeit gewiß unbedenklich annehmen.

76) So Puchta Inſtitut. II. §. 239 bei Note kk.

dicte (nebst der Befugniß, sich die Früchte anzueignen) bekommt. Weil aber insoweit der Kauf als wirksam zu betrachten, so muß denn auch dieser Besitz des Käufers als eine possessio pro emtore aufgefaßt werden. Ueber das Verschaffen des nackten Interdictenbesitzes an der Sache (mit dem Anrecht auf die Früchte) geht jedoch die Wirkung des Kaufes nicht hinaus. Die Frau ist durchaus unfähig, das Eigenthum an der Sache durch ihre eigene positive Handlung ohne auctoritas tutoris aufzugeben, und darum kann jener Kauf auch nicht als genügender Usucapionstitel angesehen werden. (S. oben Nr. 24).

Wir haben also zwar einen Besitztitel pro emtore, aber keinen Usucapionstitel pro emtore; nur für den Interdictenbesitz, nicht für den Usucapionsbesitz ist ein Titel vorhanden.[77])

Damit steht auch keineswegs im Widerspruche, was von Julian berichtet wird. Denn Julian gestattete die Usucapion nur wegen der Rutiliana constitutio, von deren Inhalt wir nicht das geringste wissen. Bei solcher Lage der Sache ist aus seiner Entscheidung für die Frage, ob der eigenmächtige Verkauf von Seite der Frau nicht mindestens als genügender Usucapionstitel anzusehen, ganz und gar nichts zu folgern.[78])

27. Am Schlusse dieser Erörterungen und bei einem Rückblick auf die gewonnenen Ergebnisse wird es leicht sein, auf

77) Eine ähnliche Erklärung gibt Schirmer in der Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVI. S. 37 Anm. 3; s. auch Voigt Die condictiones ob causam S. 215 Anm. 127. — Daß übrigens so der Gedankengang der genannten Juristen gewesen, dürfte sich dem Inhalte der Stelle gegenüber kaum bezweifeln lassen. Eine andere Frage ist, ob dieser Gedankengang zu billigen und nicht vielmehr die Ansicht des Labeo als richtiger zu betrachten, und diese Frage, bin ich sehr geneigt, im letztern Sinne zu entscheiden.

78) Möglich und nicht unwahrscheinlich, daß die Rutiliana constitutio in Gewährung einer exceptio doli gegen die Vindication der Frau bestand, falls diese nicht gleichzeitig den empfangenen Kaufpreis zurückerstattete. (S. Schirmer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XVI. S. 41). Daraus mag Julian einen ähnlichen Schluß auf ein in bonis des Käufers gezogen haben, wie er ihn laut L. 4 §. 32 in f. D. de doli exc. 44, 4 in dem dort erörterten Falle gemacht. Vgl. auch Scheurl Beiträge II. S. 53.

die Frage, was bei der usucapio pro emtore zum Vorhandenſein eines verus titulus gehöre, eine beſtimmte Antwort zu geben. Es gehört nämlich dazu, daß die Sache wirklich gekauft und in Folge des Kaufes dem Käufer tradirt worden, daß das Kaufgeſchäft perfect und gültig und gleichermaßen auch die Tradition gültig iſt, endlich nach vorjuſtinianiſchem Rechte, von welchem ich wieder zunächſt ausgehe, daß der Verkäufer wegen des Kaufpreiſes Befriedigung erhalten oder aber ihn dem Käufer geſtundet hat. Der einzige Grund, weßhalb noch eine usucapio nothwendig, darf lediglich darin beſtehen, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer der Sache und auch nicht ſonſtwie, als Vormund, Bevollmächtigter, Pfandgläubiger u. dgl., zu ihrer Veräußerung mittels Verkaufes befugt geweſen; oder daß gar nur der formelle Uebertragungsact (mancipatio oder in iure cessio) unterblieben, wie er bei res mancipi zur Verſchaffung vollen quiritariſchen Eigenthums erfordert wird. Oder, um es noch kürzer und ſchärfer auszudrücken, zum Daſein eines verus titulus pro emtore muß alles eingetreten ſein, was nach den Eigenthümlichkeiten des gegebenen Falls nöthig iſt, um durch den Kauf und die darauf hin erfolgte Tradition volles quiritariſches Eigenthum zu erwerben, vorausgeſetzt, daß die Sache eine res nec mancipi und der Verkäufer ihr Eigenthümer oder doch als Nichteigenthümer zu ihrer Veräußerung durch Verkauf befugt wäre. Dieſe beiden letzten Vorausſetzungen: Eigenſchaft der Sache als einer res nec mancipi, Eigenthum des Verkäufers oder doch ſonſtiges Verkaufsrecht deſſelben dürfen fehlen, und zwar nicht allein jede einzeln, ſondern auch beide zuſammen; alles übrige dagegen, deſſen es zu dem genannten Erfolge bedarf, muß vorhanden ſein, wenn von einem verus titulus die Rede ſein ſoll.

Um alſo ſtets vollkommen ſicher zu gehen, darf man in jedem einzelnen Fall nur unterſtellen, daß die Sache (natürlich unter Beibehaltung ihrer übrigen Eigenſchaften, z. B. als Dotalgrundſtück, als praedium rusticum oder suburbanum eines Mündels u. dgl.) eine res nec mancipi, und daß der Verkäufer ihr Eigenthümer oder doch als Nichteigenthümer zu ihrer Veräußerung mittels Verkaufes befugt geweſen. Müßte

man bei dieſer Unterſtellung, alle ſonſtigen Merkmale des Falles aber völlig nach der Wirklichkeit beurtheilt, den Käufer als vollen quiritariſchen Eigenthümer der Sache anerkennen, ſo iſt dann, aber auch dann allein, ein verus titulus pro emtore vorhanden.

Genau eben ſo iſt aber der Begriff des verus titulus pro emtore auch für das Juſtinianiſche Recht zu beſtimmen; iſt doch dieſer Begriff faſt durchweg blos aus Stellen des Corpus iuris abgeleitet worden. Nur fällt natürlich im Juſtinianiſchen Recht alles weg, was mit den Eigenthümlichkeiten der res mancipi zuſammenhing, und ferner iſt das Merkmal der geſchehenen Zufriedenſtellung des Verkäufers wegen des Kaufpreiſes aufgegeben worden. (S. oben Nr. 13 u. 14.) Daß das Juſtinianiſche Recht vielfach die ordentliche Erſitzung zuläßt, obwohl es an einem verus titulus pro emtore in dem angegebenen Sinne mangelt, darf uns nicht beſtimmen, dieſen Begriff ſelbſt im Zuſammenhange der Juſtinianiſchen Geſetzgebung als verändert zu betrachten (und das iſt es, worauf im Grunde die Meinung Stintzing's und Schirmer's hinausläuft). Vielmehr beweiſt es nur, daß das Juſtinianiſche Recht den ſtrengen Standpunkt, wie ihn noch die Kaiſer Diocletian und Maximian in Anſehung des Titels einnahmen, verlaſſen hat, und die Erſitzung in vielen Fällen auch ohne Titel auf Grund des bloſen guten Glaubens, oder, wie man dies gewöhnlich auszudrücken pflegt, auf Grund eines blos putativen Titels geſtattet. Wie weit es hierin gehe, kann erſt bei einer andern Gelegenheit ſeine Erörterung finden. Für diesmal handelt es ſich blos um das Weſen und den Begriff des Titels, welchem nunmehr durch Betrachtung auch der übrigen einzelnen Titel noch weiter nachgegangen werden muß. Es liegt in der Natur der Sache, daß ich dabei durchweg viel kürzer werde ſein können.

Juni 1868.

(Fortſetzung folgt.)